

ジャン・フィリップ・レヴィ「中世学識法における証明の序列」(一)

上 口 裕

証書せうなつ

1 凶てし無證ゆめ J. Ph. Lévy, La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-âge depuis la Renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV siècle (Annales de l'Université de Lyon, 3<sup>e</sup> ser., Droit, fascicule 5, 1939) 1<sup>er</sup> 題名が示すように、ローマ・カノン法における証拠法を、とくに証拠の証明力の程度とから観点から、扱ったものである。本論文は、中世の英仏の文献とをとりあげてなされたものである (e. g. Caenegem, La preuve dans le droit du moyen-âge, Recueils de la société Jean Bodin, tome XVII, 1965, p. 727, n. 3; Gilissen, La preuve en Europe du XVI<sup>e</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle, ibidem, p. 767, n. 2 et passim; Langbein, Torture and the Law of Proof, 146, n. 9 (1976); Laingui—Lebigre, Histoire du droit pénal, II, la procédure criminelle, p. 7 et 48, n. 3 (197-?); Damaska, The Death of Legal Torture, 87 Yale L. J. 867 n. 13 (1978); Fraher, The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Age: "rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita", U. Ill. L. Rev. 581 n. 17 (1984); Barrett, Trial by Fire and Water, 141 n. 59 (1986); Nörr, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Index secundum allegata non secundum conscientiam iudicat, S. XIX (1967))。ローマ中世証拠法に関する基礎的な研究の1つである。

本論文は、ローマ・カノン法における特定の証拠を論じたものではなく、まさに種々の証拠の優劣関係を論ずる関係上、ローマ・カノン法における証拠がほぼ網羅的に論じられており、その点では、ローマ・カノン証拠法の概説書ともなりうるものである。靖浩教授による Fournier, *Les officialités au moyen âge: Étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328* (1880) の邦訳（フールニエ「フランス中世カノン法訴訟制度要説」(1)・(4)）神田法学雑誌三三卷三・四号、二三卷一・二号、二三卷三・四号、二四卷一号）の関係部分を除いて、ローマ・カノン証拠法に関する邦語文献はおそらく皆無と思われ、このような内容をもつ本論文を邦訳することは無意味ではないだろう。

2 著者の経歴は、本論文執筆当時リヨン大学法学部講師であり、一九六五年当時はパリ大学法学部教授であったこと以外、不詳である。

訳者が知りえたかぎりでは、著者には次のような論文がある（訳者が未見のものが多く、頁数は必ずしも論文の最初の頁を示すものではない）。

La formation de la théorie des preuves, *Studi S. Solazzi*, p. 418.

L'autorité des «instrumenta publice confecta» d'après le Code et les Novelles de Justinien, *Annales Fac. Droit Aix-en-Provence*, 43, 1950, p. 173.

Réflexions sur l'importance et l'intérêt des questions de preuves, *Travaux jurid. et économ. Univ. Rennes*, XVIII, 1954, p. 104.

Le problème des ordales en droit romain, *Studi P. de Francisci*, II, 1955, p. 409.

Dignitas, gravitas, auctoritas testium, *Studi Biondi*, II, 1963, p. 29.

The Evolution of Written Proof, 13 *Am. U. L. Rev.* 133 (1964).

L'évolution de la preuve, des origines à nos jours, *Recueils de la société Jean Bodin*, tome XVII, 1965, p. 1.

Le problème de la preuve dans les droits savants du moyen âge, *ibidem*, p. 137.

邦訳の公刊については、法学部長 Serge Guinchard 教授から訳者に寄せられた一九八八年四月一二日付書簡によって、リヨン第三大学法学部の許可を得ている。同大学と何の関係ももたない訳者に快く翻訳許可を与えられたことに對し、リヨン第三大学法学部および法学部長セルジュ・ゲンシャル教授に心から謝意を表する。

3 邦訳に際しては、「」を用いて必要最少限の補足ないし注記を加えた（必要な場合は\*印を用いて後注とした）。人名はラテン語によるもの、フランス語によるものなどが混用されているので、日本語表記が固まっている場合は不自然となったかもしれないが、原語をそのまま用いた。注における文献の引用方法は不統一であるが、訳者がこれを統一した表記に改める必要もないと思われるので、邦訳もこれに従った。ラテン語文献がしばしば——原著を参照しえた部分についていうならば、ときにはコンテキストにあまり配慮することなく——引用されているが、原著を参照できないものが大部分であり、コンテキストが不明なため、訳者の能力の問題と相俟って誤訳、不適訳の可能性が大きくなった。

## 目次

## 序論

## 第一章 序章 先例

## 第二章 ローマ法——ゲルマン法——一二世紀における慣習法の状態——カノン法

## I 証明一般——証明の定義

## II 証拠の種類——種々の証明方法

## III 「証明の程度」——証明の序列の諸段階

## 第二章 公知性——事実を公知たらしめる手段

## 第一節 公知性の理論の一般的展開（以上本号）

## 第二節 事実の公知性——「事実の明証性」または「外観」による証明

## I 持続的または継続的事実の公知性

## II 一時的または瞬時的行為の公知性

## III 断続的事実の公知性

## 第三節 法律上の公知性

## II I 裁判上の明白

## II I 既判力

#### 第四節 推定上の公知性または推定された公知性

### 第三章 「完全証明」

#### 第一節 「完全証明」の種類

##### I 複数証人の証言

##### II 文書

##### III 自白

##### IV 強力もしくは有力な推定

#### 第二節 「完全証明」間の抵触

##### 規則…「証人は文書に優る」

#### 第四章 不完全証明——「半完全証明」および微憑

#### 第一節 「半完全証明」の種類

##### 蓋然的推定——一名の証人——家内文書——文書の比較——被告人の逃亡——事実らしさ——風評

#### 第二節 「半完全証明」の効果

##### 単独の場合——補充宣誓を伴う場合——雪冤宣誓を伴う場合——略式訴訟における場合——複数存在する場合

#### 第三節 微憑——完全証明を減殺する場合

#### 第五節 軽度の推定

#### 第五章 補助的証明としての宣誓

##### I 宣誓の適法性と補助的性格

##### II 宣誓の種類——その性格——裁判外の任意的宣誓——裁判上の任意的宣誓——訴訟物に関する宣誓——裁判上の必要的宣誓

##### ——雪冤宣誓

##### III 宣誓の価値

#### 第六章 禁止された証明としての神判

##### Alexandre II 時代までの認容——禁止——Grégoire IX 以後における消滅

#### 結論 序列の論理の意味——歴史の意味——慣習法に対する影響

### 序論

「訴訟の法を揺るがす、事実に関する疑義がしばしば生ずるものなれば」

*Quia saepe dubietas emergit facti, que ius actionum vacillare facit.*

Rogerius, *Summa Codicis*, IV, 20.

事実の証明の重要性は、裁判実務に係属した者であれば誰もが知るところである。大部分の訴訟において真の争点となるのは唯一、事実の立証である。これに比較すれば、きわめて微妙な法律問題といえども二次的な重要性を有するにすぎず、勝訴の見込みの大きな事件でさえ証明の失敗のために敗訴するということがしばしば起こっている。それにもかかわらず、この問題に多くの時間を割く法律家は稀である。このような軽視は、疑いもなく、証明の規則、手続が人を尻込みさせるほど繁瑣であることに由来するが、この繁瑣な外観の下に証明をめぐる理念と原則とを見出すことが容易である以上、このような軽視は許されるべきものではない。ところで、さまざまな証明制度の中でも、おそらく、ローマ法のルネサンスから生まれた証明制度ほど注目に値するものはないだろう。事実、カノン法およびいわゆる成文法国の世俗法によるローマ法の証明制度の継受は、影響するところの大きな歴史的事件であった。ヨーロッパにおいて、再び法が、ローマ帝国滅亡以前そうであったように、学識法、組織的かつ明晰な法となりえたのは、この継受によってであった、とさえいえることができる。

通例、学識法 (*droit savant*) とは、慣習法と対比される意味で、ローマ法の伝統に直接の基礎をおく二つの「法 (*Droits*)」、*「両法 (utrumque ius)」* を意味する。すなわち、その法域が拡大するまで主としてイタリアおよび南フランスにおいて適用された *Justinien* のローマ法大全に基づいて研究を行ったローマ法学者の「成文法」およびカノン法がそれである。これらは相伴って、地方的慣習と対比される意味での「普通法」を形づくった。しかし、次のような疑問が直ちに生ずる。この「学識」法は単一なものであるか、カノン法上の立法と世俗法とは注意深く区別されるべきではなからうか？ 証明、さらには、きわめて正当に「ローマ・カノン法的」と呼ばれる手続全体に関するかぎり、両者を同視することをおそれる必要はない。いずれ見るように、例えば、カノン法によって作り出された明白性の理論は *Cyrus de Pistoie*, *Barthele*, *Balde* といったローマ法学者によって採用されるところとなったのである。また、書証に対する証言の優越の原則も、ボローニア大学の *Bulgarius* の弟子の間で形づくられ始め、次いで *Innocent III* の教令によって確認されるところとなり、さらに、この教令については「カノン法学者たる」*Hostiensis* だけではなく、*Barthele* もまた注釈を行っていたのである。同じような事例は容易に挙げることができる。例えば、ある種の教令はローマ法大全のテキストを引用している。<sup>(1)</sup> この学識法の一方が生んだ新たな観念は、他方によって受け容れられた。著作家の間で相次いで議論が交わされ、ローマ法学者がカノン法学者に、カノン法学者がローマ法学者に回答を与えた。ディゲスタに対する注釈

は教令や Gratien からの引用を含んでおり、またその逆も行われた。さらに、Balde のような一部の著作家はいずれの法についても研究を行っている。

この学識法について時間的限界を設けることにする。始期はローマ法のルネサンスであり、これはおおよそ一二世紀初頭に位置づけることができる。Yves de Chartres は一一六年に、Inerius は一一八八年後に没した。Brachylogus, Petrus の著作も時間的にそう隔たつてはいない。ローマ法の法文が再び尊重され、注意深く研究された。さらに一一四〇年頃、ローマ教会の改革は Gratien 教令集によるカノン法再編によって完成されることになる。

終期は一四世紀の終わりである。この時点で、最もオリジナルで、体系志向的であつた著作家の一人である Balde の死没（一四〇〇年）とともに、証拠法制は完成の域に達する。Pierre d'Ancharano, Antoine de Butrio の死没は、我々が終期とした時点を大きくは下っていない。Gonzalez Tellez, Zabarella, Jean de Turresemata, Panormitain の膨大な著作はあまり新味の無い集成にすぎないから、終期を下らせたならば、くだくだしい繰り返しとなつたであらう。

※

さて、証明の「序列 (hiérarchie)」ということの意味を明らかにしなければならない。いうまでもなく、この言葉は、すべての証明が同一の価値 (autorité) を有するわけではないことを示している。ある証明は訴訟に決着をつけるのに充分であるが、他の証明は補充される必要があり、あるいは、ある証明は他の証明に優る。さらに、証明力の問題を別としても、ある種の証拠方法は推奨されるが、他の証拠方法は利用しないことを勧奨される。そうであるならば、それは、裁判官が内心的確信に従って判断するのではなく、法律によって命ぜられた詳細な規定に従うことを強制される、紛れもない法定証拠主義 (régime de preuves légales) なのではなからうか？ しかし、我々が研究の対象とする時代においては、この制度について述べている著作家はいない。この制度について言及され始めるのは一六世紀以降のことである。しかも、ローマ法およびカノン法の法文は、裁量《arbitrium》によって判決すること、ないし、彼にとつて最も適切と思われる証拠方法に従って確信《animi sui motus》を形成することを裁判官に命じている。<sup>(3)</sup> それにもかかわらず、次の二点を考えるならば、法定証拠主義にきわめて近いところにあつたことは明らかである。まず、<sup>(4)</sup> 中世の法律家 Saint Thomas d'Aquin もまた、<sup>(5)</sup> 訴訟に裁断を下すために裁判所に座す裁判官は、私人として知り

えたことを考慮してはならず、当事者によって援用され、証明された主張にのみ基づいて裁判しなければならぬ、と述べている。「確信ではなく、主張されたところに従って判決しなければならぬ」(*debet sententiam ferre non secundum conscientiam sed secundum allegata*)。たしかに、これは法定証拠主義による義務づけではないが、内心的確信が考慮されていないことは明らかである。

さらに、より重要な点であるが、法文は種々の証明手段を用いる際の方式について、しばしば詳細な、多数の規則を定めている。学説はこれらのすべての規則を速やかに体系化することによって、証明について、紛れもない序列の中での等級づけを行ったのである。各等級は、公知性(*notoriété*)、「完全証明」(*probatio plena*)、「半完全証明」(*probatio semiplena*)といった名称をそれぞれ与えられた。副次的区分、同一の等級内での分類も現れた。このようにして、証明はそれぞれ位置づけを与えられ、その価値が厳密に決定された。これによって、特殊な事件では法規によって予め補足することのできないほど多様な、細部の問題を除いて、裁判官に個人的な評価の余地は残されなかった。右のような細部の問題を除いて、裁判官の役割は、確信が十分に形成されたか否かを問うことなく、彼に科された拘束力のある規範を証明手続に適用することに尽きたのである。

従って、中世の学識法においては、紛れもない証明の序列が存在した。この序列の大部分は、「法文よりも注解」が重きをなした時代において重要な役割を果たした法律助言者によって作り出されたものである。しかし、この序列的な分類が、しばしばそれぞれの種類の証明について認められる性質によってのみ、説明されうるものであることはいうまでもない。従って、このような性格づけを行うために、とくに証拠価値(*validité*)に関する法規の重要な諸点について簡潔に言及せざるをえない。しかし、このテーマを論じ尽くすことを一瞬たりとも考えるような自惚れは著者には無縁である。中世ローマ法、カノン法、慣習法における証明という問題は、一歩ごととそれが提起する無数の問題の大きさと重要性のゆえに、多くの研究者によって取り組まれるべき性質のものである。著者がなしたことがあるとすれば、それは、最も重要な諸問題の中の一つに少しでも光を当てたことにすぎない。

#### 注

(1) X. 2. 22. 10 (Nov. 73, c. 3 を引用す)。X. 2. 19. 11 (C. 4. 19. 23 を引用す)。

(2) 中世については、現代の研究者の見解は一致しない。Gross, *Die Beweisitheorie*, I, 123-28 は、法定証拠主義が採用

やむを以てしむる者、<sup>(1)</sup> 反駁の見解が Paul Fournier, *Les officialités au M. A.*, p. 177, et G. Salvioi, *Storia della procedura*, II, 465-76 に於て支持せられてゐる。この正しい見解を以て思はる。

(c) D. 22. 5. 3. 2. Nov. 73. c. 3. Gratien, Cause 4, questions 2, et 3, can. 3. X. 1. 9. 6. X. 2. 20. 27.

(4) Joh. Bassianus, § 365 et 366. Azon, Comment. Cod. 4. 21. 13, n° 1. Hugolinus, *Dissertationes dominorum*, éd.

Haenel, § 216. Gratien, Cause 2, quest. 1, dictum après can. 17 et can. 19.

(5) Summa theologica, II, II qu. 64 art. 6 n° 3<sup>is</sup>, 偽証に基づいて「しかし」その者を救うためにすべてを尽した後「に」その無実を自ら知つてゐる者を有罪とした裁判官は罪を犯していない、罪は証人が負うべきものである、という。

## 序章 先例

一二世紀前半において起こることになる、二つの大きな法律的事件、すなわち、ローマ法のルネサンス、そしてカノン法の再編——ここから間もなく新たな証明制度が形成されることになる——は種々の影響と伝統の下で生じた。形成された法は、しばしば修正を加えつつ、ある種の影響と伝統はこれを受け容れ、ある種の影響と伝統はこれを拒んだ。しかし、学識法がある種の影響と伝統に対してとった敵対的な態度もまた、その思想の要点を明らかにするものである。

### I

この点において支配的な役割を果たしたのは、いうまでもなくローマ法である。<sup>(1)</sup> たしかに、ローマ人が言葉の完全な意味における証明の序列をすでに作り出していたとはいえない。むしろ逆に、古典期ローマ法は、当事者によって自由に提出された証拠の価値を内心的確信に従って評価することを裁判官に委ねていた。例えば、Hadrien の勅答は、確かな規則を定めることができないことを明確にしている。<sup>(2)</sup> しかし、ローマ帝国後期においてすでに法定証拠主義への道が準備されている。Diocletien の下で現れた、恒常的な規制への傾向は Constantin 以降優勢となり、結局、多数の強行的な規定がローマ法大全の中に現れることになる。

ローマ法大全では、証言、書証、自白、宣誓、推定という五つの主たる証明方法が取り上げられている。このリスト自体、新しい時期に変化があったことを示している。古典期ローマ法では、自白は確定金額訴訟 (action «certae pecuniae») においてのみ



証拠となり、その他の場合は、自白は訴訟を解決するよりも、訴訟を停止させるものであった。同じく宣誓も以前は、裁判外の、または、官吏の面前で締結された契約であった。いずれの場合も、宣誓は訴訟を妨げるものであり、証拠ではなかった。新たな訴訟手続は、これらを、判決を根拠づけることのできる証拠と看做すことを可能にした。証拠が不十分な場合に裁判官が職権で命ずる補充宣誓が作り出されたのもまた、ローマ帝国後期であり、Justinian はこれが広く用いられていることを確認している<sup>(4)</sup>。最後に、古典期における推定は、すでに提出された証拠から生ずる意見にすぎず、それ自体証明力をもたないものであったが、これもまた、証明の方法となり、法律上の推定が生まれた。

これらの証明方法は、すべて同一の価値を有したわけではない。推定はまだ未発達であり、自白は実務上稀であった。証明はとくに証言と書証によって行われた。この二つの方法の前者は、昔から用いられてきたものであるが、ローマ帝国後期になって、ある種の不信の対象となった。おそらく、隷属状態またはこれに近い状態の拡大、そして、その結果としての腐敗または「有力者《Potentes》」が証人に加える威嚇のために、証言の短所がこの頃に明らかになったのであろう。いずれにせよ、Justinian は、証言に対する不信の理由を詳しく挙げている。ここから、とりわけ名誉喪失者および奴隷の証人不適格——ただし、その証言を必要とする場合は、拷問を加えれば証人適格が認められる——を含む、証人適格に関する詳細な規則が生じた。同じように、「身分卑しい者《humiliores》」は、「身分高い者《honestiores》」よりも容易に信用性を疑われ、拷問が彼らの偏頗性の真に対処する手段とされることにもなった。証人には宣誓義務が科された。Constantin 以降（おそらくキリスト教の影響によって）、二名の証人が必要とされ、その身分の如何にかかわらず、「一名の証人《testis unus》」は排除された<sup>(7)</sup>。最後に、ローマ帝国後期には、書面と矛盾する証言の価値を制限する、すでに古くからあった規則が厳格化された<sup>(8)</sup>。

このように、証言が地位を低下させる傾向を示したのに対し、書証は、明らかに東方と官僚制の影響の下で、重要性を増しつつあった。Constantin は、訴訟において書証は証言と同一の証明力をもつものと定めた。しかし、次のような区別をしておくことが必要である。官吏によって作成され、「公文書《acta publica》」として保存されている公務文書（*actes officiels*）は完全かつ不變の価値を有する<sup>(10)</sup>。公的監督の下に設けられ、業務を行う「公証人《tabellion》」の作成した公正証書もまた大きな証明力を有したが、その保全に問題があるため、偽造の疑いがある場合は、その作成者が作成に関して証言しないかぎり、疑いは除去されな

(11) った。当事者自身によって作成された私文書に関しては、三名の証人が「副署《subscriptio》」し、争いが生じた場合は証人が文書の真正を証言することができるといふ慣行が成立し、間もなく皇帝によって承認された。(12)

しかし、いかなる文書も絶対的な証明力をもたず、民事手続によつても、刑事的な「偽造の訴え《querela falsi》」によつても、偽造を主張することが可能であつた。(13) このように文書の作成は容易に争ひえたが、内容も同じように争うことができたわけではない。もっとも、公務文書についても、誤りを指摘することが可能であり、最も正式な文書でさえ、「金錢不受領の抗弁《querela non numeratae pecuniae》」に関する諸規則によつてその証明力の多くを奪われた。

このように反駁を許さないわけではないこれら二つの証拠とならんで、宣誓が一定の役割を果たし、とくに、一旦なされるやきわめて大きな価値を有した。ディゲスタは、「宣誓されたことは証明されたものと看做される《perinde haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset》」という。もっとも、偽造であつたことが新たな証拠によつて明らかになつた場合は、宣誓が排除されるだけではなく、それに基づく判決がなかつたことになる(resistit《in integrum》)。(16) 要するに、ローマ法は中世に対して、決して明確な学説を提供したのではなく、そこから選択すべき法文と独自の理論を基礎づけるための手段とを提供したのである。

## II

ところで、ローマ法思想は、五世紀の終わりに、ゲルマン証拠法というまったく異なる法体系と遭遇することによつて、自己を意識することになる。(17) 一般には、蛮族法の他の法源がすでに進化した法の状態を示しているのに対して、サリカ法におけるゲルマン法が最も純粹な形をとどめている、と考えられている。この見解を前提とするならば、ローマ法とゲルマン法との差異は大きく、まったく対蹠的な訴訟観を示している、ということが出来る。ローマ法における訴訟は、真実の発見を可能にし、裁判官を説得することに向けられた本来の審問(instruction)である。蛮族法における訴訟はこのような目的を有しているのであろうか？

あるいは、裁判官の面前で行われる私的司法にすぎないのであろうか？ これについては研究者の間に議論がある。(18) いずれにせよ、立証は被告人に委ねられる。挙証責任を負うのは被告人であり、これはローマ法と根本的に対立する点である。個々の証明方法を検討するならば、この相違は一層大きくなる。

サリカ法には、その実質的な意味は決して大きなものではなかつたはずである自由以外に、証明を得るための手段、またはこれ(19)

に代わる手段として、証人、宣誓、神判の三種がある。証人——数において少なくとも三名が必要とされた——は、訴訟に勝つことだけでなく、より困難もしくはより苛酷な証明方法を回避することにも利益を有する被告人によって提出された。事実、この証人による証明が成功しない場合は、直ちに被告人を敗訴させるためではなく、他の証拠方法を試みることを命ずるための判決が行われた。サリカ法における宣誓は、ローマ法上の宣誓と共通性がなく、被告人が自分に向けられた嫌疑もしくはたんなる反対当事者の主張から免れるための雪冤宣誓であった。しかし、この宣誓は被告人が単独で行うのではない。被告人は、しばしば一二から二五名の、ときにはそれ以上の一定数の共同宣誓者ないし「共同雪冤者」(compurgatores)とともに出廷しなければならぬ。共同宣誓者は、彼らの信するところに従って、被告人の誠実性を肯定する宣誓をしなければならぬ。従って、共同宣誓者は被告人の保障人となるのであって、被告人の宣誓が虚偽であった場合は処罰される危険を負った。

例えば、共同宣誓者を得ることができないために、宣誓することそれ自体が許されない場合は、神判によらざるをえなかった(サリカ法が規定する唯一の神判は熱湯による裁判である)。結局、訴訟は、その論理的価値がくじのそれに近い方法によって解決されたのである。<sup>(21)</sup>

つまるところ、ゲルマン法の証拠法は証明力の高い、真実発見の手段を含んでいない。その弊害がそれほど深刻でなかったというのは事実である。なぜなら、宣誓と神判は、証人がいない場合に副次的に用いられたからである。

蛮族がローマ文化と接触したことは、証明の問題に関しては、必ずしもよい結果を生まなかった。唯一ローマ法から借用したのは書証であった。契約を文書化する習慣は蛮族の間に速やかに拡がった。<sup>(22)</sup>これに対して、きわめて重大であったのは、蛮族侵入以後の何世紀かの間、不合理な証明方法の役割と重要性が拡大する一方で、文書および証言という合理的な証明方法が急速に凋落したことである。

事実、「糾問」(Inquisitio)という例外的な手続を別とすれば、証言は次第に用いられなくなった。種々の住民の間の葛藤、最も誠実な証人でさえ冒さざるをえない危険、容易に見つけることのできる偽証する証人といった事情が、証言制度が増大する不信に曝されるという結果を招いたのである。偽証を行った者と有罪判決を受けた者とが適格者から除外された。飲酒によって記憶が鈍らないように、しらふで証言すべきことが規定された。次に、偽証の刑罰の引き上げが必要となり、サリカ法における金一五ス

ーからブルグンド法における三〇〇に引き上げられた。Charlemagne 治下では、偽証の刑罰は断手であつた。<sup>(23)</sup> しかし、これらのすべての努力はいかなる結果をも生まなかつた。

書証の衰退は一層大きかつた。これは、ローマの公証人の消滅と識字人口の稀少化に由来する。リブアリア法によれば、国王の官房によって作成された文書のみが、同種の文書による場合を除いて、これを争うことができず、これを争う者は死刑の危険を冒すことになった。これ以外の文書は、その真正を自由に争うことが可能であつた。争われた場合、作成者と署名した証人が文書の真正を宣誓しなければならなかつた。しかし、聖職者の場合を除いて、この宣誓は偽造の主張によって妨げることが可能であり、この場合、問題は裁判上の決闘によって解決された。従つて、文書は当事者がそれを望む場合にのみ証拠価値を有したにすぎないのである。Charlemagne によつて文書偽造の刑罰が加重されたが、このような事情に変化は生じなかつた。

証言と書証が、まったく廢されることはなかつたにせよ、何世紀にもわたつてその信用性を低下させたのに対し、宣誓が主たる役割を果たすに至つた。カロリング朝の下で、宣誓は普通法上の証明となり、犯罪が明白な場合にさえ、被告人に宣誓が許され、罪を免れることが可能であつた。同時に、宣誓は、すでに見たように、書証を確認するという役割をも果たした。

しかし、広義の、すなわち裁判上の決闘をも含む意味での神判と比較すれば、宣誓の役割もはるかに小さなものであつた。熱湯による審判とならんで、灼鉄、水、十字架等による審判が認められたために、神判は間もなくきわめて多様なものとなつた。(十字架による神判を禁止した Louis le Débonnaire 治下を除いて) 勅令による立法によつて神判を制限する試みはなされなかつた。さらに、五〇一年にはじめて現れる裁判上の決闘は<sup>(24)</sup> 少はずつ拡がり、一〇世紀末には第一次的な証拠となつた。裁判上の決闘の目的は、Gondebaud 王によつて明示的に宣言されたところによれば、偽誓を終わらせることであつた。裁判上の決闘は、とりわけ、当事者または証人の宣誓を「反駁する (Kausen)」手段として用いられるべきものだからである。

当初、神判および裁判上の決闘の役割は控えめなものであつたが、急速にその役割が拡大した。神判ははじめ、ほぼ奴隸に限定されていた。自由人も共同雪冤者とともに宣誓できない場合は、神判によつた。一三世紀、神判は非常に好まれるものとなつたが、教会はこれを放棄した。<sup>(25)</sup> 当時、神判は「神による裁き」、二名の訴訟人の正しい方のために現れる奇跡と看做された。裁判上の決闘の場合、他の証拠の価値を検証する、とくに、書証と宣誓を「反駁する」ための一般的手段という意味をもち、証拠の証拠とな

った。唯一そのみが反駁不能であり、かつ、最終的手段として、他の証拠の価値を認め、もしくは否定することを可能にすることができたのであるから、裁判上の決闘こそが証明の序列の頂点に立つものであった。カロリング期の終わりに形成された法制は、従って、非合理的な証拠の優越によって特徴づけられる。

### III

このような法制は、ローマ法のルネサンスまで、慣習法域ではそれ以降も、ほぼ適用され続けたが、一二世紀前に、若干の、むしろ地方によって異なる変容を遂げた。北イタリアの場合、バドヴァ学派<sup>(30)</sup>は根本的な変化をもたらさなかった。バドヴァ学派は、原告に彼が主張する事実を証明することを許したが、これを原告の義務とはしなかった。<sup>(31)</sup>被告人の雪冤宣誓は依然、犯罪の場合に要求される証明であり、原告がその主張を証明するためのイニシアティブをとらないことがつねに可能であった。裁判上の決闘は、成文法規がそれを命じている場合にのみ適用されたが、そのような場合は多数あり、この方法は、相手方を制圧し、証人間の矛盾を解決し、書証の真正を立証<sup>(32)</sup>し、偽誓を反駁することに依然役立った。従って、証言と書証は、何びともそれを争わないかぎりで価値を有したにすぎない。その意味で、一一世紀のロンバルディア法はカロリング期の法とあまり違っていないが、ロンバルディア諸都市は神判の役割を減少させようとする傾向を示している。<sup>(33)</sup>一三世紀以前のフランス慣習法域はよく知られていない。しかし、大枠においてはフランク法と大きく異なっていないかかったと考えられる。「保証人」という名の下で、証人は共同宣誓者とはば混同された。証人は、彼らが証言する事実を体験したことを要求されなかったのである。反対当事者は、決闘または「戦闘」によって証人を「反駁する」ことが可能であり、これを容易にするために、証人は公然と証言させられた。むしろ、危険を冒さざるをえない以上、証言を強制することはできなかった。書証は広く用いられたが、偽書の数は相当なものであった。例えば、多数の教会特許台帳 (cartulaire) が Charlemagne あるいは古い時代の皇帝の文書に基づくものであったが、これらの台帳は、そこに記載された年代よりも二、三世経後に作成されたのである。裁判上の決闘が第一義的な地位を占め、書証、保証人、宣誓を反駁することに用いられた。注目すべき唯一新しい点は、封建法廷では雪冤宣誓が用いられなくなりつつあったことである。恐らく裁判上の決闘によって代わられたのである。

### IV

従って、二つの伝統——ローマ法とゲルマン法のそれ——が厳しく対立していたことになる。しかし、Grégoire 改革以来少しずつ重要性を帯びつつあった第三の潮流も同様に姿を現そうとしていた。それはカノン法という潮流である。

いずれカノン法の詳細について言及する機会があるが、ここでは二、三の点について触れておかなければならない。何よりもまず、教会は、ローマ法制度に従ってきたために、ローマ法に由来する証拠法制を大幅に残していた。Burchard de Worms, Anselm de Lucques, Yves de Chartres のカノン法集成の中には、自白した、または法に適った証人によって有罪を証明された被告人に対してのみ裁判官は有罪判決をすることができ、とする法律文例の抜粋が見出される。これらは新勅法抜粋引用文あるいは偽教令集（これからのものが最も明確である）および偽勅令からの抜粋である。自白、とりわけ証言は聖書に確実な根拠を有していた。推定そのものも知られていなかったわけではなく、Salomon の裁きに注目すべき先例を見出すことができる。これに対して、書証はカノン法に多くを負っていない。これはおそらく、他の原因とならんで、一二世紀から一二世紀の時代の法において書証の役割が消滅した理由を説明するものである。

他方、教会は、宣誓および神判<sup>(39)</sup>という蛮族起源の証明に対して、決定的な、あるいは少なくとも有効な禁圧を加えることに成功しなかったものの、きわめて警戒的な態度を示した。このように、教会はローマ法的な証明を強調することによって、ゲルマン法の証明を排撃ないし制限することに貢献した。

最後に、明白な事実の直接的な確認による証明、次いで間もなく自白、既判力および法による推定に優越な地位を与えることを可能にする公知性<sup>(41)</sup>の概念を、学識法はカノン法の伝統に負っている。

以上述べたこれらの三点——これは証明の序列全体の要約となるが——において、カノン法思想は、ローマ法を支え、あるいはローマ法を補完する上で大きな重要性をもつことになる。結局、一二世紀以降、「ローマ・カノン法的」と呼ばれるべき正当な理由のある、新たな手続が生まれる。証明に関しては、主たる地位を占めたのはいうまでもなくローマ法の遺産である。しかし、ローマ法の遺産はカノン法の遺産によって補完されるが、すべてがローマ法の遺産によって説明されるわけではない。蛮族慣習法における宣誓の濫用に対する反動が不可避的であったために、宣誓に一定の役割を認めるローマ法の傾向にもかかわらず、この証拠は副次的な役割しか与えられなくなる。またさらに、ローマ法の傾向に逆らって、何世紀もの間、文書による証明は証言による証

明によって凌駕される。書証に対する敵対的な態度が教会によってとられたことはないから、この特徴は教会による影響によって充分には説明されない。ローマ法における証明と学識法における中世的な証明の差異は、むしろ、社会的条件、とくに偽書の多さ、まだ不十分な公証人制度、とりわけ教育制度の不存在と稀薄な識字人口によって説明される。

注

- (1) 参考文献に「v. surtout Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des germ. Rechts*, III, 3, 272-89. Collinet, *La procédure par libelle*, p. 344-59. Cug, *Manuel* (1928), p. 894-99. R. Monier, *Manuel*, I, p. 198 et 238-40, et les ouvrages qu'il cite. 一般的には「この問題はあまり論じられておらず、取り上げる価値があるだろうか」。
- (2) D. 22. 5. 3. 2 「そのそのの事件について、いかなる証拠が、いかなる証明方法によれば充分であるかは、確かな方法で充分に決定することはできない。……汝は、汝の見解に基づいて、何を措信するか、あるいは、何が証明されていないと見るかを判断しなければならない。《Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiiri potest……ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris》」。
- (3) 若干の法文は検証に与る証明に言及しつつも、D. 25. 4. 1. C. 12. 3. 6. しかつこれに関する理論は作られていない。その他の証明方法については、v. les titres D. 12. 2. 22. 3 à 5, 42. 2 et C. 4. 1, 4. 19 à 21, 7. 59.
- (4) C. 4. 1. 12 pr. 「たゞに証人が「iam increbuit」」。
- (5) V. encore Diocétien, C. 2. 42 (43). 4 「汝は誤つた見解から、証拠に基づいて推定を行つた《falsa opinione te praesumpsisse ex probationum luce》」, D. 31. 67. 10. V. G. Donatui, *Praesumptiones iuris dir. rom.* (1930).
- (6) V. Nov. 90 (de 539), pr.
- (7) C. Th. testibus 3. = C. Just., 4. 20. 9. 1.
- (8) 文書証人 (témoins instrumentaire) によつて確認された書証を反駁するための第三者の証言は許容されなかった (Paul, Sent., V, 15. 4. Caracalla, C. 4. 20. 1.). Justinien は、債務が書証によつて証明された場合、支払を証明するためには五名の証人が必要だとした (C. 4. 20. 18, Nov. 90 c. 2)。

- (9) C. 4. 21. 15.
- (10) Honorius et Théodose, II, C. 7. 52. 6 (「朕は、公文書に記録された事柄が永久に効力をもちことを命ずる。そして、裁判官の死により公の信用が失われぬことをあつてはならぬ」《Gestae quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem.....Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides》)。
- (11) V. C. 9. 22. 21 et 16. Nov. 44 pr. et c. 1. Nov. 73 c. 7.
- (12) 有名なレオン勅令(四六九年)は、公文書または三名の副署を備えた私文書によつて設定された抵当契約を利用すべきことを命じてゐる(C. 8. 18. 11)° Justinien によつては、cf. C. 4. 2. 17 et 20, Nov. 73 c. 1. 2.
- (13) C. 9. 22. 16 et 23 pr. これは古典期ロー法と反対である(cf. D. 5. 3. 5. 1)
- (14) D. 1. 18. 6. 1.
- (15) D. 12. 2. 11. 3. Cf. aussi Inst. II, 23. 12. Nov. 73 c. 8 § 1.
- (16) D. 12. 2. 31.
- (17) 以下は、次のような著作からの要約である° Bethmann-Hollweg, V, §§ 84 à 86, p. 125-169, J. Declareuil, Les preuves judiciaires dans le droit franc, du Ve au VIII<sup>e</sup> s., *N. R. H. D.*, 1898, p. 220-268, 457-488, 747-762, et 1899, p. 79-109, 188 à 334. Chénou, *Histoire générale du Droit français*, I, p. 251-62. 文種によつて最後の著作を参照。
- (18) Declareuil, I, c. 1898, p. 266-68 は、ゲルマン法における訴訟は私的司法の諸規則に合致するところ。その根拠として、最も弱い者(被告人または原告)が彼が恐れる決闘を回避するために証明するのであり、訴訟は国家が関心を有しない事柄であり、従つて、各人は欲するよう証明する、といふことを挙げる。
- (19) 少なくとも奴隷に対しては、(ロー法と同じく)拷問が用ゐられた。V. Chénou, p. 252.
- (20) Frédégonde のために二名の司教と三〇〇名の者が共同宣誓者となつた(Grégoire de Tours, VIII, 9)°
- (21) へじ引きによる神判もまた認められたが(v. Declareuil, 1899, p. 322)° 速やかに禁止された。神判の起源ははっきりしない。Declareuil によれば、神判は魔法、魔術に属する。いずれにせよ、神判も訴訟を解決するのではなく、訴訟を妨げる、訴訟外的な手続である。



- (22) Cf. Declareuil, p. 747 s. H. Lévy-Bruhl, Les témoins de la loi salique, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1922, p. 395-407.
- (23) Chénou, p. 253. Declareuil, 1898, p. 487.
- (24) 宣誓を阻止しようとする者が、宣誓しようとする者の手を祭壇から引き離すのを禁ずる (Loi Ripuaire, LIX, 4°).
- (25) Capit. 813, art. 2 は、親指ではなく手の切断を規定する。
- (26) Agobard は怒らせたのはまことにこれである (Migne, 104, col. 117°).
- (27) Gondebaud の勅令に見え。
- (28) 神判は、Grégoire de Tours でも、カロリング期の法律文例集でもまだ言及されていない。
- (29) 悪魔祓けと祝福の文例 (v. Zeuner, *Formulae*, p. 604-722°).
- (30) V. Bethmann-Hollweg, V, p. 342-82 (一一世紀のロレンスルディア法の訴訟における証明 (パドヴァ学派)).
- (31) 原告がまず尋問されなければならない。原告は、証明することができるか否かを質される。原告が証明することを拒んでも、被告人は放免されず、雪冤宣誓を行なわれなければならない。この雪冤宣誓は、ローマ法上の (裁判官によって命ぜられる) 必要的宣誓と解された。
- (32) 皇帝 Othou の九六七年の勅令は、不動産取得の文書について、そのように定めた。この勅令はローマ人を含めてすべての民族に、ただし本来的な意味でのイタリアにおいてのみ、適用された (Liber Papiensis, éd. Merkel, *Monum. Germ. Hist.*, *Leges* IV: Otto I, c. 1, 2, 9°).
- (33) 例えば、Henri IV によるヒサ特許状 (一〇八一年) は、殺人、傷害、反逆の三種の場合についてのみ神判を許している。当時ローマ人に適用された法制 (属人主義) については、cf. Bethmann-Hollweg, I, c. p. 410-423. その実際は、ローマ人の慣習がローマのそれ——共同宣誓者を伴わない宣誓、裁判上の決闘の原則的禁止、筆跡の比較による書証の検真——に充分近かったにもかかわらず、躊躇に満ちたものであった。明確な観念が発見されるには、一二世紀のローマ法のルネサンスを待たなければならなかった。
- (34) この点について例えば、v. les Manuels Chénou, I, p. 669-74, ou Brissaud, *Dr. privé*, p. 458-64.
- (35) Cf. Décret de Gratien, 2 q. 1. c. 1 (St. Augustin), c. 10 (Nicolas I<sup>er</sup>, 2 q. 15 Yves de Chartres 2 q. 1 p. 128).

られた), et surtout les c. 2 (テオドロシウス法典から抜粋され、Constantin にて定められた Angilran の偽勅令), 5 (Pseudo-Isidore の偽勅令) (これらは Burchard, Anselm やちう Yves にて述べられた)。

- (36) Evgangle, Saint Luc, XIX, 22 (「むね女の口より出た汝を審かん《ex ore tuo te iudico》」). Cf. *infra*, ch. II, troisième partie.

- (37) 「二三の証人の口によりて、凡この事の確かめられん為なり《ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum》」  
とらう有名な訓戒がつねに繰り返された。Cf. ch. III.

- (38) Cf. X. 2. 23. 2: ch. IV.

- (39) V. chap. V.

- (40) V. chap. VI.

- (41) V. chap. II.

## 第一章 序列の概観

証明を定義し、さまざまの証明手段を挙げ、それを分類することは学説の役割である。中世法律家の養成が行われていた以上、少なくとも一三世紀以降、証明理論がスコラ学において通常用いられた論理学的範疇によって提示されたことは驚くに値しない。広義での証拠は類を構成する。この類を形成し、それぞれが種となるさまざまの証拠方法がこれに対比される。往々にして、同一の種の中でも下位的分類が必要となり、取り出された個々の要素を明示するための多数の形容詞によって用語が増加する。最後に、著作家が、証明力を等しくする異なる種をグループ分けすることによって、「程度《gradus》」すなわち、全体となつて証明の序列を形成する連続的な諸段階を構成する場合は、分析に総合が付け加わる。しかし、このような構成は、純粹に知的な創作物ではなく、法律としての効力がある法文によって定められた、散在する規則をより明瞭に提示するものであるにすぎない。

### I 証明一般——証明の定義

「証明とは、疑問のある事柄を証拠によつて明示することである《Probatio est rei dubiae per argumenta facta demonstratio》」。

これが、Tancrède による定義であり、このような定義は、Tancrède 以前にも以後にもこの時代には、学識法に関する他の著作家によっても繰り返し用いられている。<sup>(2)</sup> その変種があるが、あまり重要ではない。最も顕著な変種である、Geoffroy de Trani の定義は、Isidore de Séville によって確立された意味に従えば、証明の方法 (modes de preuve) よりも探知の手段 (moyens d'investigation) を指すのに相応しいと思われる《argumentum》という語にもっぱら異議を唱えるものであった。<sup>(3)</sup> しかし、この議論の意味は大きくない。これはど知られていない変種である Balde の定義は、「疑問のある事柄《ei dubiae》」という言葉を却けている。証明は、疑問のある事柄を明示する手段ではなく、確実あるいは公知でさえある事実を確定することでもある、というのである。しかし、証明の種類はすべての著作家において基本的には同一であるから、外見にもかかわらず、この論争の実際の意味はそれ以上はなく、ほとんど言葉の争いを超えていない。

実は、この定義は少しもオリジナルではなく、その素材はラテン語文獻によって提供されている。<sup>(5)</sup> この定義は月並みに見えるかもしれないが、実際はきわめて大きな重要性をもっている。証明は、「明示すること《demonstratio》」であり、<sup>(6)</sup> たんに裁判官の精神の中に確信を創り出そうとするだけではなく、もし可能であれば、真実に到達し、<sup>(7)</sup> 真実を明らかにしようとするものである。<sup>(8)</sup> 証明は、Balde によって、「criticatio」<sup>(9)</sup> すなわち、推理を行うことであるとされた。著作家は、証明をこのように把握することによって、自らをはっきりと論理と理性の世界に置き、そうすることによって、蛮族法に由来する諸法における証明——ないしそれに代わるもの——と絶対に対立する立場に自らを置いたのである。神判も裁判上の決闘も、このように明確化された証明概念とは両立することができなくなる。

証明のこのような合理主義的な基本性格は、認められた種々の証拠方法を検討することによっても直ちに確認されるだろう。

## II 証拠の種類——種々の証明方法

証拠一般は、異なる種類の特殊な証拠を含んでいる。<sup>(10)</sup> その定義に関しては、諸著作家は注目すべき連続性を示しているが、証拠の種類に関しては依然大きな多様性が見られる。たしかに、すべての著作家が、少なくとも証言と書面とを挙げているが、それは、彼らの注釈の対象となった法文そのものによって制約された結果であった。<sup>(11)</sup> その他の証拠に関しては、多くの著作家が、無秩序に、

欠缺や繰り返しに配慮することなく、実に様々の証拠方法を挙げている。<sup>(12)</sup>

しかし、しばしば用いられる証拠方法のリストがある。Bernard de Pavie のものがそれである。<sup>(13)</sup> これは、「事物の明証性、風評、推定、宣誓、証人、書証《rei evidentia, fama, praesumptio, iuramentum, testes, instrumenta》」を含んでいる。このリストは、Tancredi, Vincent de Beauvais <sup>(14)</sup> <sup>(15)</sup>、Geoffroy de Trani, Jean d'André <sup>(16)</sup> <sup>(17)</sup> はほぼ同様に繰り返されている。しかし、この古いリストは異論なく流布したわけではない。Hostiensis を含む他の法律助言者はボローニア学派に倣った二つの暗唱用短句によって証拠の種類を挙げている。<sup>(18)</sup>

「外観、碑文、証人、公知性、書面、

宣誓、自白、推定、風評が証明するだろう

《Aspectus, sculptum, testis, notoria, scriptum

Iurans, confessus, praesumptio, fama probant》」<sup>(19)</sup>

この九種の証拠のリストは曖昧さを含んでおり、いくつかの点で同じ証拠を二度挙げている。自白のみが新しい要素を含んでいない。<sup>(20)</sup>

Guillaume Durant による<sup>(21)</sup>「一二を下らない証拠の種類を含むリストが最も完全なものであることは争う余地がない。証言、自白、世評、宣誓、徴憑が順番に、種々の名称の下で扱われている。これらすべてのリストの間には、実際のところ、表現上の差異があるにすぎず、すべての著作家は同一の証拠方法を異なるやり方で論じているのである。

ここで注意を要するのは、鑑定も現場検証も見られないことである。たしかに、G. Durant がいうように、鑑定は証言の変種にすぎない。<sup>(22)</sup> 鑑定に独自性とともに、きわめて大きな重要性を認めるのは近代法である。現場検証は、ほかの証明手続に含めることができるのであれば、「外観《aspectus》」または「事物の明証性《rei evidentia》」と呼ばれるより広いカテゴリーに入る。<sup>(23)</sup> その性質、その価値のいすれから見ても区別することができないからである。

リストからの脱落がより重要な意味を有するのは、神判と裁判上の決闘である。「神判《purgatio vulgaris》」はいかなる学識法の著作家によっても証拠方法として挙げられることはない。神判は否定されたのである。ここにも、学識法の理論の合理主義的性

格が現れている。

### III 証明の程度——証明の序列の諸段階

各種の証拠の証明力は同一ではない。それだけではなく、ある種の証拠の場合は、それについてさらに新たな副次的な区分がなされている。「事物の明証性」と呼ばれた公知性は、このようにしていくつかの部分に区分される。宣誓の場合も同じである。証言の場合、唯一の証人は証明の端緒 (*commencement de preuve*) としての価値しか有しないが、二人の証人は証明に充分であるという規則があった。書面は、公文書と私文書とが区別されたが、それぞれについて、さらに下位の区分がなされた。価値が異なりうるのは、とくに推定である。推定には、それぞれ重要性が低下するにつれて、「必然的な、強力もしくは有力な、蓋然的な、軽度な」(*necessaria, violenta ou vehements, probabilis, temeraria*) と呼ばれる証明の程度がある。

このような分析的なカテゴリーは、もっぱら総合を可能にするためのものである。事実、各種あるいは各亜種の証拠はこれらすべてに包括しようとする体系における地位を与えられることになる。

一二世紀の最初の著作家以来、基本的な分類は、本来の証明と推定との区別に基づいているように思われる。最も基本となるものは、厳格な意味での「証明」あるいは「真の、もしくは法に適った証明」(*probatio vera*) 或 *«legitima»* と呼ばれる。これに対して、推定は「擬制としての証明」(*probatio ficta*) あるいは「擬似証明」(*quasi probatio*) と呼ばれる<sup>(24)</sup>。これはたんなる理論的な区別にすぎないものではなく、実務上、二つの重要な効果がここから引き出された。まず、矛盾する場合は、本来の証明が推定に優越する。さらに、少なくとも同じように重要な点であるが、証明は判決を行うことを可能にするのに充分であるのに対し、推定は、すでになされた証明を補うことができるが、それだけでは裁判官の決定に対する裁判上の基礎とはなりえない。

一二世紀の終わり頃、この違いを示すために、別の用語が採用され、これが次第に優勢となった<sup>(25)</sup>。すなわち、証明は「完全証明」(*probatio plena*) と呼ばれた。これのみが、裁判官に「完全な確信」(*plena fides*) を与える。これに対して、推定、より正確にいえば、同じような扱いを受けることになる相当な数の種々の証拠方法は、「半完全な確信」(*semiplena fides*) をもたらすにすぎず、「半完全証明」(*probationes semiplenae*) と呼ばれることになる。

このような基本的な区別が序列の基礎を成している。しかし、間もなく、二つの面で複雑化が生ずる。すなわち、公知性が証明に対して原則的に対立し、証明全体を支配することになる一方で、徴懲が半完全証明の下に位置づけられた。

Jean de Legnano<sup>(26)</sup>、とりわけ Barole<sup>(27)</sup>といった何人かの著作家は、彼らの証拠の分類を説明するために、心理学的な分析を行った。証明の目的は裁判官の精神の中に確信を生ぜしめることであるから、彼らは、この確信はいかなる諸段階を経て形成されるかを問題にした。当初、裁判官は何ごとをも知らぬ(*«nescientia»*)、あるいは、同じことであるが、訴訟の両当事者が相対立する主張を提出するために、裁判官は「懷疑(*«dubitatio»*)」を抱き、一方に偏ることなく探究を行う。<sup>(28)</sup>ここまでのところ、まだ証明は行われていない。証拠が提出されると、その最初の効果として、証明の第一段階を構成する「推測(*«suspiciatio»*)」が生ずる。裁判官の精神は動揺するが、懷疑はなお存続する。<sup>(29)</sup>ある種の証明方法(Baroleは徴懲を念頭においている)はこの段階を超えることはない。しかし、より強い証拠が提出されるならば、裁判官は「臆見(*«opinio»*)」を形成し、懷疑は完全に消えることはないが、著しく弱められる。これが証明の第二段階である。すべての懷疑が排除され、裁判官が一方当事者に完全に同意する場合に、第三段階に達するが、「この場合、完全な確信もしくは完全な証明といわれ、事件については懷疑は存在しない……[問題のテキストは、]『汝が措信する』と述べているように、裁判官をして完全な確信を抱かせる完全な確実性と完全な証明について語っている」とある(*«tunc dicitur perfecta credulitas seu perfecta probatio, nec est tunc causa dubia……Nam prout dicit credas, loquitur de plena fide et plena probatione, qua ad perfectam credulitatem adducitur index»*)。証明の序列はこのようにしてひとつの意味を与えられる。最も高次の段階は完全証明である。中間的段階を構成するのは、より一般的には半完全証明と呼ばれる不完全証明である。最後に、「半完全証明と徴懲の」区別がつねに絶対に明確なわけではないが、<sup>(31)</sup>徴懲がより低次の位置を占める。徴懲の価値はたんなる推測のそれを超えない。

このような三種の程度が確定されると、異なる「証拠の種類」をそれぞれに割り振ることが可能となるだけではなく、訴訟における証拠の役割をめぐる問題、異なる価値の証拠が対立する場合、あるいは逆に、同一の訴訟当事者が、いくつかの半証明を合わせて完全証明とすることを要求して、証拠を重疊的に提出する場合、どうすべきかという問題を容易に解決することができる。法律家の緻密さは、完全以上の証明、あるいは「半完全以上の(*«plus quam semiplena»*)」証明、あるいは「半完全以下の(*«minus*

quam semiplena)の証明を認めるところまで行きつく。<sup>(32)</sup>

しかし、充ちかつ完全な証明自体、蓋然性を意味するにすぎず、裁判官はこの証明によって「確信《fides》、《credulitas》」に到達するにすぎない。<sup>(34)</sup> 場合によっては確信以上のものに到達すること、とりわけ、証明の煩雑さと不確実性を回避しつつ、より迅速にこれに到達することは不可能なのであろうか？ この問題に対する回答は、法律家と同様、神学者によっても提出されている。

Vincent de Beauvais Ⅱ Saint Thomas d'Aquin のいう「明証的、あるいは不可謬的確実性《certitudo demonstrativa》 ou 《infallibilis》」は、証明を超えるところにあるものである。これに到達することは「真知《scientia vera》」を獲得することである。公知性を「真知」と呼ぶ Buriole は、公知性を、その程度を問わず、証明と別個に扱っている。<sup>(37)</sup> たしかに、この二つの概念の間では、たんに価値の差異のみが問題となるわけではない。両者の間の差異は、ほぼ本質の差異に等しい、獲得方法の差異によってのみ説明されるのである。証明は事柄を認識するための手段であるのに対し、真知は直接的であり、感覚による直接的認識から成っている。<sup>(38)</sup> 直接的認識が第一位に置かれる。事実の明証性による証明は、公知性をもたらし、あらゆる反証の試みを排除する。この点については、すべての著作家の中でも、Balde が最も明瞭であり、他のすべての証明方法に対する感覚による認識の優越性を基礎づける根拠を、Aristote Ⅱ Averroës の著作に求めている。

Balde は真理の追究について、比喻を用いて次のように述べている。真理とは光である。<sup>(39)</sup> 光と我々の目の間に雲がなければ、得られる視覚的、「直感的」認識は完全なものである。しかし、これ以外の場合であって、反射によって光を我々が知覚しない場合は、<sup>(40)</sup> ほとんどの場合暗い雲が間に存在しているのであって、証明がこの雲を突き抜けることを助けるのである。従って、直接的かつ視覚的認識（すなわち、事柄を公知たらしめる「事実の明証性」および「外観」による認識）の優越性は明らかである。このような論証は、非常に高度な体系的的精神をもって、証明の程度を示すための用語を豊かにした Balde によって用いられた多様な用語法を支えている。<sup>(41)</sup>

これほど徹底的ではないが、他の著作家たちも、彼らが研究の対象とした立法からもまた示唆を受けながら、このような分類法をとっている。ここにも、心理学、論理学とならんで、合理主義が現れている。<sup>(42)</sup> このような証拠の分類はただ一点、すなわち、証拠の説得力、証拠と真理との多かれ少なかれ密接な関係に基づいているのである。ここには、蛮族法における証明を想起させるも

のではない。これが、「証明に関する」一般理論全体を支配しており、我々がこれから明らかにしようとする本質的特徴である。

最後に注意しておくべき点がある。証明の序列と並行して、訴訟の序列が作り上げられており、この序列は主として証明の問題を考慮して用いられたのである。最も重大な意味をもつ刑事事件は、「最も完全な、疑いのない、真昼間の光より明白な」*«plenis-sima, indubitata, luce meridiana clarior»* 証明を要求する<sup>(43)</sup>。通常の民事訴訟はもっとも通常のタイプの「完全証明」の提出によつて解決することになる<sup>(44)</sup>。略式訴訟は<sup>(45)</sup>、敗訴する者に損害を与えるが、しかしそれは小さなものであり、かつ一時的なものであるということを前提に、半完全証明に服する。最後に、何びとも重大な危険を負わない場合は、迅速さのために、原告の宣誓で充分とすることも可能である。このような訴訟の序列は証明の序列と関係づけられなければならない。前者の意味のすべては後者によつて与えられ、かつ、後者はその意味の一部を前者から得ているのである。

### 注

- (1) III, 5, § 1 (Bergmann, p. 215).
- (2) V. Codi (28). Imerius (*Quaestiones*, éd. Fitting, p. 38 et Summa, C. 4, 19 n° 3). Cod. Bambergensis (XVI). Rogerius (IV, 20). Placentin (IV, 19). Hostiensis citant Azon et Damase (Summa, II, 19, n° 1). Jean d'André (Summa, VIII, 1). Vincent de Beauvais (Spec. doc. VIII, 51).
- (3) R. de prob. n° 1. Cf. Isidore, rapporté dans X. 5. 40. 10 (*«Argumentum»* とは、決して証人あるいは書面にまつて証明を行うものではない、もっぱら探知を通して真実を発見することである。……これに対して、証明は証人と書面の信用性に基づいて「Argumentum nunquam testibus, nunquam tabulis dat probationem sed sola investigatione inventi veritatem……Probatio autem testibus et fide tabularum constat」) [このインシュールの解釈は「argumentum」を非形式的な証明、probatio を「法定の要件を充足しななければならない形式的な証明と解する趣旨であらうか」。また、G. de Trani のような定義は「証明とは、証人もしくは文書により、多くの場合は徴憑および推定により、疑問のある事態を明らかにし、そのこと」*«Probatio est rei dubiae per testes vel instrumenta et plerumque per indicia et praesumptiones ostensio»*] である。



- (4) Sur la R. du C. 4. 19. Balde が、通常の定義を述べた上で、次のように付け加えている (n° 1 et 3)。「この場合、事物の明証性による証明が証明の中で最良かつ最上のものであることは疑いがない。……然らば、疑問のある事柄ではなく、真実ある者であればそれに関する知識を疑うことがありえない。最も確実な事柄に関する証明と同一のものでよく知られてゐる。……従つて、証明とは、法に適った方法により、法に適った時期に、裁判官をして真実を確信せしめることである。……」*Preterea notorium est species probationis non rei dubie sed certissime, in cuius scientia non contingit aliquem sapientem dubitare. .... Dic ergo quod probatio est fides veri legitimis modis et temporibus facta cause cognitori*」。
- (5) Cf. Cicéron, *Topica*, c. II, 8 (「証拠、すなはち、疑問のある事柄に対する確信のあり方」法《*Argumentum autem rationem, quae rei dubiae faciat fidem*》)。Boèce (lib. 1) は次のように注解する。「このおぼえは、証拠とは、事柄を明かにするもの、すなはち、疑問のあるものを明かにすること、すなはち、疑問のなからうことを証明するもの、すなはち、《*argumentum namque est quod rem arguit, i. e. probat. Nihil vero probari nisi dubium potest*》」。
- (6) Balde, sur C. 4. 19. 25 (n° 7) (「証拠とは、疑いのある事柄を明かにするもの、すなはち、《*Prob. nihil aliud est nisi quaedam demonstratio*》」)。
- (7) Cf. définition de Balde, n. 4.
- (8) Cynus sur C. 4. 19. 23 (「本条、我々が扱つてきたものは、いかに明かにすべき事柄か、なぜか証明する《*proprie probatio est quando id quod mihi contenditur evidenter ostendo*》」)。
- (9) Sur X. 2. 19 (「証拠とは、事物に関する、事物のありつゝ確信をなす証拠である《*Probatio est ratiocinatio de re certificata per ipsam*》」) et plus loin (n° 1) (「証拠とは、真実を明かにすること、すなはち、疑問のある事柄を確信すること、すなはち、《*Probatio est oratio vel attestatio sive ratio veritatem deducens in lucem i. e. rei dubie faciens fidem*》」)。Cf. aussi l'Incertus auctor de Gross (XI, 1) (「証拠とは、我々の疑念のなからざる、疑問のある事柄に対する確信の理由となるもの《*Prob. est ratio facta fidei ipsi iudici de eo quod in dubium vertitur*》」)。
- (10) 疑い種の方式として、v. Glose sur X. 2. 19 R. et 2. 24 R. Cynus, sur la R. du C. 4. 20. Balde, sur X. 20. 19

R. (n° 3) et sur C. 4. 19 R. (n° 1), etc.

- (11) C. 4. 20 et 21. D. 22. 4 et 5. X. 2. 20 et 22.
- (12) Cf. Petrus, livre de Tübingen (36). Brachylogus, IV, 15. 4. Pseudo-Ulpianus de edendo, p. 9. Incertus auctor de Gross, XI, 6. Joh. Bassianus (n° 363). Cod. Bambergensis, XVI. Richard l'Anglais (p. 24). Azon (Summa, 4. 19. 20; Comm. 4. 21. 1). Pillus, tit. 42 et 43. Damase, tit. 58. Gl. sur D. 22. 5. 3. 2. Cynus, C. 4. 19. Balde, C. 44. 19 R. (n° 5).
- (13) II, 12, § 4.
- (14) III, 5, § 6 (p. 220-222).
- (15) Spec. doc., VIII, 51.
- (16) R. de prob. n° 8. Trani せ' 公然性を付加する。
- (17) Summula, VIII, 2. Jean d'André は' 身体の外観を付加する。
- (18) Summa, de prob., n° 6.
- (19) 「外観」は「公知性」の一部を指す。また「碑文」は' 古文書および碑文を指す。
- (20) De prob., § 3 は次のものを挙げる。「証人、自己、書面、事実の明証性、推定、風評、宣誓、古文書、司教印のある文書、公的人物による弾劾、世評、微徳《testes, confessio, evidential facti, praesumptio, fama, iuramentum, libri antiqui, litterae sigillatae sigilo episcopi, denunciatio publicorum personarum, communis opinio, indicia》」。このリベラ せ' Alciat, *Compendium*, p. 204-6 に せ' 採用されている。
- (21) L. c. n° 26.
- (22) V. G. Durant, l. c. n° 9. P. Fournier せ' 証拠中、鑑定をならせしめ、これにより独立の考察をせしめる (Officiaries, p. 199)。
- (23) せ' せ' 例 せ' Hugo せ' せ' Rofredus Beneventanus にせしめ、神判がまだ生きている制度として語られている。V. *infra*.
- (24) 擬似証明といわれるのは、効果が証明のそれと同じであり、被告人の勝訴を妨げるからである。この問題については、



- (24) Cf. auteurs cités *supra* n. 2 et Bartole l. c.
- (25) Spec. Morale, I, 57.2. 彼等によれば「蓋然的確美性」は反覆である。 Cf. aussi Azon, Comm., C. 4.19.10, n° 3 「必然性……蓋然的証拠《necessaria……probabilia argumenta》」。
- (26) Sum. theo., II, II. 70.2. V. aussi Innocent IV, X. 2.24.32.
- (27) D. 12.2.31 (n° 18).
- (28) 科学 (discipline scientifique) の意味での知識について述べた上で、Bartole は次のように言う。「事実に関する知識は第二の方法によつて獲得される。そして、感覚によつて我々が到達するところまで、我々は知識を有しているところである《Secundo modo ista scientia habetur in his quae sunt facti: et tunc illud scire dicimus, ad quod movemur per sensum》」。「Balde sur C. 4.19 R. (n° 1) 次のように言う。『事物の証明性による証明は証明中最良かつ最上のものである。Aristotele はその証明性のうちにあることを述べ、それらは、知覚された事柄と一致する最も正しい言葉である』《probatio per rei evidentiam est optima et superlativa probationum: quia illi sunt verissimi sermones qui concordant rebus sensatis, testibus Aristotele et Averroee》」。 Cf. aussi Consilia, III, 364.
- (29) Sur X. 2.19 R. (n° 1) Vis 「真実は光に譬えらるる《Veritas luci comparatur》」。
- (40) 「思弁的な論証的に、すなわち、我々が知性として方法によつて得ることを知るべき場合《Speculative et argumentative, ut quando videmus aliquid per rationem intellectus》」。
- (41) Sur C. 4.19.25 n° 10 「小証明、大証明、最大証明《probatio minor, maior, maxime》」。N° 14 「透視的なまたは直観的証明、推定による証明、徴憑による証明《probatio perspectiva sive intuitiva, prob. praesumptiva, prob. indicativa》」。
- (42) 感覚主義もまた現れている。これは、Bartole (*Tractatus de Testibus*, n° 4) によつて正確に表現されている。すなわち「自然の法則によれば、あらかじめ感覚の中に存在しなかつたものは何一つ知性の中に存在しなす《secundum naturam nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu》」。
- (43) C. 4.19.25 からの引用である。
- (44) 民事訴訟における完全証明は、刑事事件の場合と異なり、二つの半完全証明の競合、または、一つの半完全証明および

補充宣誓の競合によって行うことができる。

- (45) 略式手続は一二二一年の Clem. 《Saepe》(Clem. 5. 11. 2) にみづけて再構成された。Cf. les traités de Joh. de Lignano et de Bartole. それ以前にみづけて v. Joh. Fasolus (一二八五年没)。この問題にみづけて v. Briegleb, *Einführung in die Theorie der summarischen Prozesse*, p. 387 s. et Währmund, *Quellen*, éd. de Fasolus, p. XVII (1925 Azon, Justinien 法典注解<sup>1</sup> Hostiensis を引用する)。

## 第二章 公知性—事実を公知たらしめる手段

種々の証拠の中でも、ある種のもの(「事物の明証性」、「外観」、自白等)は証明の序列の頂点に置かれなければならない。実際のところは、これらはそれ自体、本来の証拠というよりも、証明を不要とするもの、事実を確定し、争うことを不可能とする事情である。その効果は大きく、原則として反証を不可能とし、訴訟において証明の問題が生じないことになるから、これらの証拠は訴訟を簡略化し、迅速な手続を用いることを可能にする。カノン法、次いでローマ法学者は、これらの証拠によって事実が公知になると解した。

公知性の問題は、まだ研究が深められておらず、個別研究に値すると思われる。<sup>(1)</sup> 公知性の問題があらゆる点で重要であることは否定することができないが、公知性の概念ほど厳密な定義が困難な概念はあまりない。「公知性《notorium》」という言葉は——これがこの言葉についていうことのできる最大限であるが——よく知られた事実を指す。「公知性」という言葉は「知られたこと《notum》」という言葉から派生したものである。しかし、公知性「の理論」は発展を遂げており、発展によってこの概念が厳密化されたと同時に、総合が困難なほど多様化されてもいる。

### 第一節 公知性の理論の一般的展開

公知性の理論は、カノン法の独創であり、ローマ法に先例を見ない。<sup>(2)</sup> 公知性の理論は Gratien 教令集においてすでにほぼ形を

整えており、その後の半世紀の間に完成されることになる。

出発点は、コリント前書に見出される。<sup>(3)</sup>コリントのキリスト教徒共同体の一員が継母と公然<sup>(4)</sup>と同棲していたため、Saint Paulは、審問を行うことなく、また弾劾がなされなかったにもかかわらず、これを破門した。この例は、教父によって注解され、後にここから、犯罪が明白で世間に知られている場合は証明、そして正規手続 (procès régulier) をえも不要であるという規則が引き出されることになる。

法学者によっても間もなく援用されるに至るこのテキストのほかに、キリスト教の伝統によっても、隠蔽された、秘密の犯罪と公然、明白、かつ万人の知る犯罪との区別が、また別の形で確立され、強調されることになる。この伝統の意図するところは、何よりもまず、醜聞を抑え<sup>(5)</sup>、悪例が伝播することを阻止することにあった。良心による裁き (for interne) と人による裁き (for externe) のいずれについても、このような目的が追求された。事実、Gratien 教令集の贖罪編 (Les Pénitentiels) は、公然たる罪について贖罪を科している。<sup>(6)</sup>他方、聖職者による公然たる罪は、それが醜聞を惹き起こす虞のある場合は、聖職位剝奪によって仮借なく処罰された。<sup>(7)</sup>最後に、Origèneによれば、まさに罪人を隔離することによって罪の伝播を抑止することを目的とする破門は、明白犯を犯した者についてのみ科されるのであり、Saint Augustin<sup>(8)</sup> 後には Yves de Chartres<sup>(9)</sup> が、明白犯を犯した者とは、他の証拠を要求することなく、あらゆる交わりが絶たなければならないことに注意を促している。

公知性と手続との関係は、九世紀、Lothaire と Theberge の離婚に関連して一層明確な形で定められた。教皇 Nicolas Ier は、二度にわたってこれに介入し、弾劾が行われず、かつ、法律に則って証拠が提出されなかったにもかかわらず、Lothaire と司教 Teugaldus および Gunarius に対して、破門と廢位、聖職位剝奪を科した。このような手続をとる点について、教皇は「悪業が万人に明白であり《scelus....omnibus manifestum est》」「地方のほぼ全部、あらゆる方面から、教皇座に報告が集中した《pene totus orbis undique ad limina seu sedem confluent apostolicam referebat》」という事実を根拠とした。教皇はつねに醜聞を速やかに抑えるという考えに導かれたのであり、この場合は、明白性の効果として弾劾および証明が不要であることが明示された。さらに二〇年後の八八七年、Etienne V は、Saint Paul の先例と Saint Ambroise の権威を詳細に引用し、「明白」かつ多数の者に知られている事件においては、証人は取調られる必要がない《in manifesta et nota plurimis causa, non sunt

querendi testes」という原則を確立した<sup>(12)</sup>。

Gregoire 改革はこの傾向に拍車をかけることになる。とりわけ聖職者の私生活における無数の悪弊が明らかにされ、追及を受けたからである。その処断は精力的に行われざるをえなかった。同様に、罪人が手続の緩慢さによって処断を免れることを妨げるために、処断は速やかに行われる必要があった<sup>(13)</sup>。不正は長い間黙認されてきたが、もはや何びともこれを無視することはできなくなった。証明、弾劾、訴訟が不要とされ、処罰の遷延は許されなかった。

このような伝統は、Gratien 教令集第二項第一設問に、司教に対する手続に関連して現れるが、ここでは、正規手続の複雑さに対処するものとして位置づけられている。たしかに、偽教令集の時代以来、俗人、とくに封建領主による教会人に対する権力濫用を不可能にするため、手続上きわめて慎重な措置が講じられてきた。「正規に裁判が行われ、有罪を立証されるか、あるいは自ら有罪を自白するの でなければ、何びとも有責判決を受けるべきではない」(nullus est condemnandus, nisi iudicio ordinabiliter habito aut convincatur, aut reum se ipse confiteatur)<sup>(14)</sup>と云うのが絶対的な原則であった。しかし、これですべてではない。

Gratien 教令集の時代に組織化された「正規裁判手続」(ordo iudicarius)<sup>(15)</sup>は、とくに司教に有利な慎重な措置を増加させた。道徳的な意味のみならず、とりわけ教会における地位に照らして、資格ある者のみが弾劾をなすことができた。異教徒がキリスト教徒を弾劾すること、異端者が正統的信仰をもつ者に対し、俗人が聖職者に対し、司祭が司教に対し、訴訟を行うことは許されなかったのである。すなわち、原則として、訴追される者と同等の地位が要求された<sup>(16)</sup>。他方、弾劾を行う者は危険を負い、証明の失敗によって敗訴した場合は、同害報復の刑に曝された。この証明自体もある種の規定によって極端に困難なものにされた<sup>(16)</sup>。これらの規定は、実務上あまり守られなかったことは疑いがなく、それでも、ためらうことなく、下級聖職者に対しては七名、助祭枢機卿に対しては二七名、司祭枢機卿に対しては六四名、司教に対しては七二名の証人を要求するものであった。このような規定が文字通り守られていたならば、教会の職にある者に対する手続はすべて不可能となったであろう。もっぱら重大な醜聞を避けるためにすぎないとしても、このような慎重な措置の行き過ぎを正す必要があった。このような行き過ぎに対処するために、Gratien は、これらの訴訟規則を定める法文の中で、「しかし、明白な犯罪は正規裁判手続を要求しない」(ceterum, que manifesta sunt, iudicium ordinem requirunt)<sup>(17)</sup>と云う修正を加えており、このように修正することの根拠として、Saint Ambroise, Nicolas

ter, Etienne V の權威を援用して<sup>(81)</sup>。

Gratien は同時に——これが彼のより大きな貢獻となるが——公知犯 (délit notoire) を定義する術語をはじめて定めた。Gratien 以前は(彼以後もかなり長い間)、「知られた、明白な、公然たる、明らかな、公知の《notum, manifestum, publicum, evidens, notorium》」という言葉は同義語として無差別に用いられた。Gratien は「明白犯《crimina manifesta》」の中の唯一の種類にのみ重要性を認めた。犯罪が裁判官の目に明白であり、裁判官のみが犯罪を明白と看做す場合は、ひとは彈劾人、裁判官および証人の役割を兼ねることができないから、正規手続は避けられない。逆に、犯罪が万人に明白であるが、裁判官に明白でない場合もまた、裁判官は彼が知らない事実について判決を下すことができないから、正規手続が適用される。明白犯と看做されるためには、裁判官およびそれ以外の者によって認識される必要がある。しかし、それで充分であろうか？ Gratien は躊躇し、すべての者に明白な犯罪、例えば、裁判の真只中に行われた犯罪が、犯人が否認することによって明白ではなくなることが可能であるうか、とさらに自問し、次のような述べながらも、「肯定的に」結論している。「犯人が自ら万人の目に飛び込んでくるのであるから、言い逃れによって犯罪が隠蔽されない。……公然たる仕業によって自己の犯罪を告白している場合は、仕業の明証性それ自体が有罪であることを証明して」ne 《……nec tergiversatione crimen celatur, cum culpa sua sponte se oculis omnium ingerat……Ipsa evidentia operis reum testatur, quando opere publico crimen suum confitetur》<sup>(82)</sup>」。

### ※

Gratien 教令集から Grégoire IX による教令集編纂に至るまでの間、公知性(この言葉が、補足的な限定を必要とする「明白性<sup>(24)</sup>」という言葉にとって代わった)に関する教令が相次いで出されている。この立法努力は直ちに学者による理論構成を促した。この立法は実際上いかなるケースを想定したものなのであろうか？ それは、主として聖職者の規律(内縁問題、<sup>(25)</sup>教皇の許可を得ない司教の転任、<sup>(26)</sup>婚姻および親族関係による婚姻障碍、さらに間もなく異端および暴利行為<sup>(27)</sup>を狙ったものであった。当時、これらは緊急を要する問題であり、その頻発と急速な重大化を阻止するために、断固たる措置が必要とされた。行為の公知性によって証明が不要となるならば、煩瑣な正規手続を回避することが可能であったのである。

公知性の概念は少しずつ明確化された。当時までは、Gratien による区別の試みにもかかわらず、公衆によって知られたすべて



の出来事が公知または明白なものと看做された。これに対し、Gratian 教令集、Saint Pual の書簡あるいは Nicolas I<sup>er</sup> の教令から引用される法文は、たんに世評によって知ることのできた、しかも、絶えず噂する公衆がおそらく直接には認識していない犯罪を明白と呼んでいる。このような曖昧さをそれ以上放置することは危険であった。Alexandre III は、繰り返し、公知もしくは明白な事実と風評が指摘する事実とを注意深く区別しているが<sup>(30)</sup>、しかし、他の箇所では逆に、彼の思想はこの二つの概念の混同を示している<sup>(31)</sup>。公知性の理論は、醜聞の抑止というその当初の役割から自らを解放することができなかったのである<sup>(32)</sup>。「明証性に基づいて公然たる《publicus ex evidentiā》」犯罪と「風評に基づいて公然たる《publicus ex fama》」犯罪との決定的な区別が Innocent III によってなされたのは一一九九年になってからである<sup>(33)</sup>。前者のみが、「正規裁判手続」によることなく、かつ証明のための証言を要せず、処罰することができる。逆に後者は、訴訟が所定の手続を経る通常のケースに属する<sup>(34)</sup>。

公知性の觀念が厳密化されることによって、その適用範囲が限定されることになった。しかし、このような結果は同時に、適用範囲の著しい拡張によって帳消しにされた。それまでは、「事物の明証性」という条件があり、犯人による否認が考えられないほど、行為が万人の目に明らかになることが必要とされていた<sup>(35)</sup>。ところが、Lucius III (1181-87) の教令は、「司祭がカノン法によって有責判決を受けるものが公知犯と定義される《Notorium definitur de quo presbyter canonice condemnatur》」と宣言するに至り<sup>(36)</sup>、また、これほど明確な言葉を用いてはいないが、同じく自由をまた明証性と同視している。この理論は、Innocent III によって繰り返し用いられている。すなわち、明白犯とは「自由もしくは証明によって……あるいはそれとも事物の明証性によって《per confessionem vel probationem……aut evidentiā rei》」適法に認定された犯罪である<sup>(37)</sup>。異端は、「有罪を証明され、自白し、または、判決によって有責とされた《convicti sunt vel confessi vel sententialiter condemnati》」場合に明白である<sup>(38)</sup>。最後に、Grégoire IX は、「判決もしくは裁判上の自由によって、あるものはそもそも、いかなる言ひ逃れによっても隠蔽することのできない事物の明証性によって公知たる《notorium per sententiam, seu per confessionem factam in iure, aut per evidentiā rei, quae tergiversatione aliqua celari non possit》」罪について述べた<sup>(39)</sup>。

この変容は何のために生じたのであろうか。これは、公知性に与えられた有利な扱いを多数の事件に拡張し、すでに充分認識されている出来事について奉証責任を排除し、とくに反証と上訴を禁止するためであった。この点について、Alexandre III や

ひ Innocet III の多数の教令は疑問をとどめてない。<sup>(41)</sup> 後者は、これによって「煩瑣な正規裁判手続〔*subtilitas ordinis iudicarii*〕を回避することができよう、とさえ述べている。<sup>(42)</sup> 最後に、この時代は職権による異端審問が組織化された時代であった。これを開始させる事実は公知であるか、または世評によって曝露される必要があったのである。<sup>(43)</sup>

※

一旦自白と既判事件が、それまでもっぱら公知性の特徴とされてきた明証性と同視されや、定義の理論的見直しが不可避的となった。Gratien の把握の仕方では、狭すぎることになったのである。Gratien のそれはさらに、躊躇と誤りの芽を含んでもいた。Gratien の把握によれば、一方では、公然性から生ずる「仕業の明証性」、他方では、かかる明証性によって否認が不可能にされること、という二つの要件が科され、二つの要件のいずれもが単独では不充分であった。Gratien はきわめて論理的に、衆人環視の下、裁判官および多数の証人の面前において行われた犯罪であっても、犯人が犯したことを否認するならば公知ではない、と結論している。しかし、初期の教令学者がこのような誇張に強い懸念を抱いた様子は見えない。<sup>(46)</sup>

再構成を提案したのは、Huguccio である。<sup>(45)</sup> このカノン法学者は、有責判決から生ずる公知性を言下に否定し（これは後代の支持を得られなかった）、犯人が否認すれば明白な事実が公知ではなくなるという Gratien の見解が正しいか否かを問い、躊躇することなくこれを却けた。「しかし、私は、一旦公知となったことはつねに公知であると主張する『*Ego autem dico quod ex quo semel est notorium, semper est notorium*』。このような原則が前提とされるならば、何が公知性の基礎を成すことになるのであろうか？ それは、言葉の通常の意味においてであるにせよ、あるいは、行為の明証性および公然性そのものから生ずるものであるにせよ、自由である。「従って、私は、それを犯した、または犯す者自身が自白する犯罪はすべて、かつそのみが公知であると主張する……ところで、私は、あるいは口によって公然と、または、行為の明証性によって、自由することを指しているのである。すなわち、口で否認する場合であっても、行為の明証性が現れるかぎり、依然公知と呼ばれる『*dico ergo quod omne et solum illud crimen est notorium quod ipse qui commisit vel committit illud confitetur……Set confiteri intelligo vel ore publice vel evidential facit. Et si enim ore neget dummodo evidencia facit appareat, non minus dicitur notorium……*』」。

このような総合の試みは注目に値する。これは、明確に Gratien の立場に對立し、明証性と自白は、公知性のために同時に要求されるのではなく、単独で充分たりうるものとされている。この二元主義は間もなく新たな用語によって確立される。Huguccio の約四半世紀後、Tancrède<sup>(47)</sup> は、「法律上の公知性《notorium iuris》」すなわち判決によって確定された公知性と、事物の明証性に基づく「事実上の公知性《notorium facti》」という、二種類の公知性を区別した。間もなく、法律助言者には、このようにして引かれた枠組の中に法文に現れた種々の裁定を組み込むことだけが残される。

この理論は、一二一五年直後、Johannes Teutonicus の標準注釈 (Glose ordinaire) によって完成する。「公知性には三種がある。すなわち、事実上の公知性、法律上の公知性および推定上の公知性それである《Notorium triplex est. Est enim notorium facti, notorium iuris et notorium praesumptionis》」。事実上の公知性は、万人の目に明らかなるものであり、従って、まじめにこれを否定することができない。法律上の公知性は、自白または有責判決に基づいている。推定上の公知性という新たなカテゴリーは、法律上の推定の効果に對應している。Jean le Teutonique はさらに第一のカテゴリーを、事実の性質に應じて、「継続的もしくは持続的事実の公知性《notorium facti continui sive permanentis》」「断続的事実の公知性《notorium facti interpolati》」「瞬時的事実の公知性《notorium facti statim transiens》」の三種に再分類している。種類の決定を容易に説明することのできる、この詳細な分析は、わずかの間躊躇が見られたが、すべての著作家によって取り入れられることになる。<sup>(48)</sup>

※

しかし、この分析は、総合をほぼ不可能にするという不便さがなかったわけではない。種類ごとに、規則が非常に異なっており、正規の弾効を待つことなく手続を行<sup>(51)</sup>い、一般に裁定に對して上訴を認めないという、訴訟のある種の略式化が唯一の共通点であるにすぎない。では、何が「公知」という語の共通の観点であり、意味だったのであろうか？ この語は形容詞として使用されることが最も多く、ほぼ「確実」と同義であった。<sup>(52)</sup>しかし、他の場合には、名詞としても用いられ、名詞として証拠のリストに挙げられて<sup>(53)</sup>いる。<sup>(54)</sup>これは若干の動揺があったことを示している。

著作家の大部分はもはや、このような理論構成の諸要素を再構成することに関心を示さなかった。一四世紀の終わり頃、唯一 Antoine de Butrio のような体系的な精神をもつ者がこれを試みた。彼にとって、公知であるすべての場合は、「確定された証明

《probatio probata》がすでに存在しているケースである。<sup>(55)</sup> 事実上の公知性の場合はどうであろうか？ 事物の明証性それ自体証明としての価値があり、それ以上の努力を不要にする。しかし、ある事実が、訴訟上その事実が不利益となる者によって承認されている場合、あるいは、それが裁判官の判決によって認定されているか否かを問わず、事実が完全証明によって確定されている場合も、事情は同じである。いずれの場合も、証明がすでになされ、「証明が確定され」、あるいはより適切にいえば、「証明が存在する《probatio in esse producta》」のである。この点において、公知性は、提出されつつある証明、「確定しつつある証明《probatio probans》」あるいは「行われていない証明《probatio in fieri》」である通常の証明と対立する。公知性は証明の一種ではなく、あらゆる証明の結果なのである。

この人爲的な構成は成功しなかった。実際、公知性の概念の著しい拡大は、思考と取扱いの完全な統一性を不可能にした。この点を考えるならば、中世における公知性の種々のカテゴリーの一つ一つが検討されなければならないだろう。

### 注

- (1) 文獻として C. Gross, *Die Beweisheorie*, I (1867), p. 47-54, Adde, II, p. 1-5, 106-119. D. Dziatzko, *Doctrina juris canonici de notorio*, th. Breslau, 1872; et *Die Notorietät im Kan. Beweisverfahren*, Arch. f. Kath. Kirchenrecht, 48 (1882), p. 225-29. N. München, *Das Kan. Gerichtsverfahren und Strafrecht*, I (1874), p. 101-112. P. Fournier, *Les officialités* (1880), p. 281-283. F. X. Heiner, *Urteile im notorio*, Arch. f. Kath. Kirchenrecht, 90 (1910), p. 700-701. W. Molitor, *Kan. Gerichtsverfahren gegen die Kleriker* (1856). Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale* (1927), II, p. 456-60.
- (2) 関連のある唯一の法文は C. 9.2.7 であり、公知性という語は、弾効は不要であるという規則が見出される。
- (3) 5.1.5.
- (4) テキストは実際のところには、「汝等の間に広く傳はれしもの《omnino auditur inter vos》」となつており、公知性の風評がまだ区別されなかった時代に援用された。
- (5) これを指摘するものとして v. Dziatzko, p. 10 à 13. Cf. Dist. 50 c. 34.

- (6) Wassersleben, die Bussordnungen, Can. Poen., § 18 et 21. Syn. d'Arles de 813 c. 26, Syn. Gabillon de 813 c. 25. Capit. Aquisgran. 25 et Calixte, X. 5. 38 (公証職務からなる教令の類語を定むる)°
- (7) Conc. Elvire c. 18 et 65 (Hefele I), Dist. 82 c. 5. Dist. c. 29, 33, 34.
- (8) 11 q. 3 c. 21 et 22 (Saint Jérôme の語に依る)°
- (9) Epist., III, 2.
- (10) Epist. 97. 「やの職を置置やを断ふはならざるはなるは断むるはなるべしなり」《communio eorum vitanda est, quorum facinora ita nota sunt ut probatione non egent》」°
- (11) 2 q. 1 c. 16 et 21.
- (12) 2 q. 1 c. 17.
- (13) X. 2. 24. 21.
- (14) Dist. Grat. p. c. 14. 而してなるはなるを断むるはなるべしなり cf. c. 1, 2, 5, 10 etc.
- (15) 2 q. 7, v. sutrouc c. 10. 同様の場合に現はるるものなり cf. X. 5. 19, 15 (de 1207). しかば「国王や有力者なりを保護するはなるべしなり」明白なる暴利行爲者に對して訴訟を起し得る者ならんべし」教皇は裁判官が職權を手續を行ふべしを命じしなり°
- (16) 2 q. 4 c. 2 et. 3.
- (17) 2 q. 1, dictum p. c. 14.
- (18) C. 15. 16. 17 et 21.
- (19) 有名な「国書院の條」の Antoine de Butrio, art. 1 n° 13 in fine の所説を參照°
- (20) Dictum p. c. 17.
- (21) Dict. p. c. 19.
- (22) Dict. p. c. 16.
- (23) Dict. p. c. 20.
- (24) Cf. Alexandre III 「公然なる公知」公然なる明白「明白または公然《publica et notoria, publicum et manifestum,



est publicum et notorium, si publica laborat infamia.....」J).

[X. 5. 3. 13 からの引用は適切なように思われる。ラキスルダ『«.....mandamus, quatenus, si qui fuerint, quos in praedictis ecclesiis publicum et notorium est simonice intrasse, eos appellatione cessante amoveas ab ecclesiis taliter acquisitis. Illis autem, quorum crimen non est publicum et notorium, si publica laborant infamia, cum quinta vel sexta manu sui ordinis, infra XL. dies post harum susceptionem litterarum, purgationem indicas.....」である。「.....シキリトにやつてその職にあることが前述の教会において公然かつ公知である者があつた場合は、上訴を許すことなべ、シモニアによつて手に入れた教会から除くことを命ずる。これに対して、その犯罪が公然かつ公知でない者については、公然たる悪評がある場合は、この書簡を受け取った後四〇日以内に、その者と叙階を等しくする五名または六名とともに宣誓宣誓を行うことを命ずるべしである.....」J].

- (31) X. 5. 21. 2 (「悪評があるやうに悪業が公然かつ公知であることであるから.....《quia.....infamia laborabat et facinus publicum et notorium erat.....》。このやうな混同は長い間続ち「風評によつておだかな公囚の《quasi notorium ex fama》」(Honorius III (1216-27) X. 2. 24. 32) による誤訳をきたすことになる。V. aussi Pierre de Blois, *Spectrum*, tit. IV (風評と明白な「おだかな公知である」罪状とをなす《quasi notorium indicatur》)J).

- (32) X. 1. 7. 3 (「やうど、行状の悪業が不法の輩に前例となすやうにと《Ne autem facti perversitas transeat praesumptioribus in exemplum》」(de 1198).

- (33) X. 3. 2. 8. 両者が関連してゐたのは、公然性、やうな醜聞やまた両者に共通であるところから説明される。しかし、風評は確実性を欠いておち、Hostiensis (*Summa*, III, 2, n° 6) および彼に従つて多くの著作者は、風評は「たんなる推測と不明の出所に由来する《ex sola suspitione et incerto autore proveniens》」と述べている。風評によつていかに恐ろしくなるを見よ。

- (34) しかし、その後長い間、時折混同が現れた。Cf. Boniface VIII (VI, 5. 11. 12) (これは、世俗の牢獄に拘禁された聖職者の場合によつて、公知性と風評を同様に扱つてゐる) et Jean XXII en 1324 (Extr. Com. 2. 2 un) (「事実の明証性によつて扱がれたすむに公然たる風評は公知性を生み出す《fama iam publica per facti evidentiam divulgata effecit notorium》」J). Cf. les définitions de Tancrède (「公知性とは、公然たる風評がその根拠を与へ、事物の明証性が

その証憑はなほその中の最も著しく「notorium.....est de quo publica fama suum praestat administratum et ipsa rei evidentia protestatur」) et d'Hostiensis, l. c. (「事物の明証性ならざるは、職業や区役としての公然たる指摘または万人による糾察『publica seu famosa insinatio vel proclamatio communis ex evidentia rei proveniens』」).

- (35) Innocent III (X. 5. 34. 15) は「そのことの近隣の人々が証人である」は「Cuius universae vicinae populus testis erat」] である。

- (36) X. 3. 2. 7.

- (37) X. 5. 40. 24.

- (38) X. 5. 40. 26. Cf. aussi X. 2. 28. 61 (「誰が、事物の明証性、自由またはその他の適法な方法によつて明白であるならば『si evidentia rei, vel confessione, aut alio modo legitimo fuerit manifestus excessus』」).

- (39) X. 3. 2. 10. Cf. aussi X. 1. 11. 17 (「証拠裁判手續によつて確證である」) あるいはその他の理由から公知である犯罪『crimine ordine iudicario comprobata vel alias notoria』」).

- (40) X. 5. 3. 13; X. 2. 28. 13 et 14.

- (41) X. 2. 28. 61. Balde (Consilia, III, 364, n° 3) は「実務に於ては、公の自由やその自由によつて上訴を妨げるなど、その有罪を証憑となす被告人に於てあることは、拷問を用ゐるに等しくである」。

- (42) X. 2. 24. 21.

- (43) 風評は拷問を開始するのには充分である (P. Fournier, l. c., p. 271)°

- (44) Dictum, p. c. 20.

- (45) 初期の禁令裁判は Gratien によつて家誼法に用ゐる。Etienne de Tournai, Rufin sur 2 p. 1 によつて轉ずるは Paucapalea, Rolandus や參照。ローマ法典によつて Inerius (Summa Codicis, IX, 2, n° 5) を轉ずるはである。彼によつて公知犯として扱つてゐる。これはカヘンズの法律家である彼のによつてである。V. encore Vacarius, IV, 16. 16; P. de Blois, IV; Jean de Faenza, 2 q. 1; Bernard de Pavie, II, 12, § 4 et Azon, Comm. C. 4. 20. 12 n° 2. Summa C. 4. 19 n° 23.

- (46) 2 q. 1 c. 17.



- (47) II 7, § 1 (éd. Bergma nn, p. 151); v. aussi III, 5, § 6 (p. 220).
- (48) Sur 2 q. 1 c. 15 v° manifesta.
- (49) Vincent d'Espagne, X. 3. 2. 8 は、判決や自由が真実に反することがありうることを理由に、法律上の公知性を全面的に否定し、現時または過去の事物の明証性(後者の場合は、事物の明証性は持続的な記憶によって確実なものとされる)のみを認める。
- (50) Jean d'André (sur la Gl. X. 3. 2. 7) は、この引用をばた二行詩を参照。  
「おのらは何ひとも否定せず、人民もこつは証人となつて証明せむ、  
おのらは目にも明かなことせず、公知となつてこ」  
《Quae vel nemo negat, populo vel tsete probantur,  
Vel se subiciunt oculis, notoria dicas》]
- (51) 被疑者に対つて母體をよめて通告せざるべし。
- (52) この例は多数ある。X. 2. 21. 3; X. 2. 28. 13 et 14; X. 3. 2. 7 et 8; X. 4. 13. 3; X. 4. 19. 3 et 4; X. 5. 3. 13; X. 5. 21. 2, etc.
- (53) X. 2. 28. 14 (「疑ふのものは公知と看做すものなるべし」《ne quod dubium est pro notoria...habere》)。VI. 5. 12. 2 (「明白性と明証性とは同一」《manifestum et evidens idem...》)。Clem. 2. 11. 2 (「公知となつて疑ふのものは……確実か否か公知」《notorium ac indubiatum...certum et notorium》)。An. de Butrio, art. I. n° 13 は、「明証性、公然性、周知性、疑ひはするものなり」確実性《evidens, publicum, notum, indubiatum, liquidum》と同義であると。  
(54) Geoffroy de Trani, X. 2. 19, n° 8. Hostiensis, Sum. 2. 19, n° 6. Balde, C. 4. 19 R. n° 1 (「証明中最良なる最上……疑ふのものは事柄ではなく、最も確実な事柄に関する証明の種類」《optima et superlativa probationum...species probationis non rei dubie sed certissime》)。Dziazko, p. 30-31 は、公知性とは別個の証明のものは主張するべし、誤るべし。
- (55) Tractatus de notorio, art. nos 9, 11; art. II, n° 1.